



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第二十七辑

广州仲裁委员会 主办

ARBITRATION STUDY



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



仲裁研究

ARBITRATION STUDY

第二十七辑

广州仲裁委员会 主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

仲裁研究. 第27辑 / 广州仲裁委员会主办. —北京:
法律出版社, 2011. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2357 - 1

I. ①仲… II. ①广… III. ①仲裁一文集 IV.
①D915. 704 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 152060 号

©法律出版社·中国

责任编辑/贺 兰

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/880 毫米×1230 毫米 1/16

印张/8.75 字数/197 千

版本/2011 年 9 月第 1 版

印次/2011 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2357 - 1

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

仲裁研究(第二十七辑)

学术顾问委员会(以姓氏笔画为序):

卢云华 朱 勇 齐树洁 刘想树 吴汉东

苏泽群 杨良宜 杨树明 赵 钢 徐 杰

主 编:陈忠谦

副 主 编:李立之 朱用开 王小莉 李为松

责任编辑:钟晓东 张小建 余蕊桢 姚创锋 陆奕兰 周 浩 相鲁生

编辑部地址:中国广州市沿江中路 298 号江湾大酒店 C 座 14 楼

邮 编:510100

电 话:(020)83283950 83283650

传 真:(020)83283773

网 址:www.ccarb.org

E-mail:gzzcw@126.com

广州仲裁委员会简介

广州仲裁委员会成立于1995年8月29日,是《中华人民共和国仲裁法》颁布实施后广州地区组建的唯一的民商事仲裁机构。本会自组建以来,秉承为当事人提供优质、高效服务的宗旨,锐意改革,立志创新,实现了跨越式发展。受案数量逐年增加,2010年,广州仲裁委员会共受理各类民商事纠纷案件4593件,案件总标的额70.5亿元,位居全国仲裁机构前列。

本会现拥有一支600多人的仲裁员队伍,荟萃内地和港台地区法律、经济及其他领域的著名专家、学者、资深律师、退休法官、会计师等。本会现有工作人员80余名,绝大多数工作人员通过了律师资格考试或国家司法考试。所有办案秘书都是从社会公开招聘,层层选拔,择优录用。现有的办案秘书多数是从国内知名高等院校毕业和海外留学归来的硕士研究生,他们具有良好的专业知识水平,有着认真负责的敬业精神,广受社会各界赞誉。

为适应现代化办案需要,本会努力提高现代化办公手段,在全国仲裁机构中率先实现“无纸化”和“网络化”办公,最大限度地降低仲裁成本,提高仲裁效率;本会拥有近5700平方米的办公场所和仲裁庭室,仲裁庭室宽敞、肃静,配备有电脑、大屏幕显示仪和先进的录音、录像设备,可适应英语等多语种交流,为当事人省却了语言交流方面的不便。

借助仲裁自身优势,顺应社会发展需求,本会适时而变,在证券期货、消费、金融、旅游、科技、医疗、体育、电子商务等领域积极探索运用仲裁方式解决纠纷,制定专业领域的特别仲裁规则,有针对性的培育专家仲裁员,不断提高仲裁效率和仲裁质量。

本会现设有案件受理部、办公室、仲裁秘书部、国际仲裁部、发展部五个职能部门,并根据发展需要,先后成立了东莞分会、中山分会。2008年,本会还与广东省社会科学院合作,成立了广州仲裁研究院,专门从事仲裁理论与实务研究。

本会地址:广州市沿江中路298号江湾大酒店C座12-14楼/A座6楼、8楼

邮编:510100

案件受理咨询电话:(020)83287919 83288547 83283771(传真)

办公室电话:(020)83287761(传真)

网址:www.gzac.org、www.ccarb.org

欢迎登录中国商事仲裁网

中国商事仲裁网(永久性网址为: www.ccarb.org)正式创办于2005年,其宗旨在于传播仲裁知识,发布仲裁动态,推进仲裁研究,交流仲裁信息,并力图成为国内信息量最大,覆盖面最广,且独具特色的专业化网站。作为广州仲裁委员会2005年的重点建设项目之一,其将与广州仲裁网以及《仲裁研究》一道,为中国仲裁的二次创业提供智力与舆论支持。

网站创建后,根据仲裁发展的需要进行了多次改版升级,优化了栏目设置,现网站设有“商界法律新闻”、“在线仲裁”、“案例数据库”、“民商法律问题热点聚焦”等栏目,网站内容既有全国同行业最新信息的及时发布,又有本会相关动态的完整记录;既有针对一般民众的、深入浅出的仲裁基本知识介绍,又有面向专业人士、较高层次的理论探讨。同时,还包含相关法律法规、国际公约、仲裁示范文本等实用信息、网上咨询等互动版块。可谓是寻常百姓、律师、学生、仲裁专业人员等各阶层人士了解仲裁、研究仲裁的良师益友。

网站自2005年8月28日运行以来,点击率逐步上升,受到仲裁同仁、专家学者及关心热爱仲裁人士的好评。可以预期,随着广州仲裁委的进一步发展,中国商事仲裁网的建设势必跨上一个新台阶。在此,热切盼望各兄弟仲裁机构、教学研究单位、律师事务所以及关心仲裁事业的各界同仁提出宝贵意见,并来信、来稿反映仲裁相关信息,为仲裁事业的继续发展壮大而共同努力。

如您有仲裁方面的问题需要咨询,或有其他意见、建议和投稿,请来信或拨打网站事务咨询电话:

E-mail: ccarb@126.com

Tel: 020 - 83282775 联系人:丁鸿

目 录

探索与争鸣

- 中国涉外仲裁法律适用前沿问题的实证探析 侯向京 许晨鸣/ 1
- 医疗纠纷仲裁法律问题研究 李济楚/ 9
- 斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则的修订及其影响(下) 梁 胜/ 20

国际商事仲裁

- 投资争端仲裁的法律适用问题
- 以中国双边投资条约为视角 余蕊桢 黎 文/ 29
- 英国仲裁员制度研究 王 凌/ 36
- 论 ICSID 仲裁庭对公平公正待遇标准的发展
- 兼评 AES Summit、AES-Tisza 诉 Hungary 案 张正怡/ 45
- 从《纽约公约》在亚洲国家的实施看国际商事仲裁中的公共秩序 赵维东/ 54

仲裁实务

- 房产新政下的情势变更原则及其适用(上) 王小莉/ 61
- 利益衡量原则在仲裁实践中的理解与运用
- 从一起建设工程案谈起 邹艳珏/ 68
- 商品房交付纠纷的法律分析 颜雪明/ 77

案例精析

- 融资租赁合同项下租赁物的质量瑕疵担保责任
- 从一起仲裁案例说起 陆春玮/ 85

译海拾贝

- 2011 年新法国仲裁法 鲍冠艺译注 宋连斌校/ 91
- 国际体育仲裁院的咨询程序
- [加]理查德·麦克拉伦著 罗晓波译 郭树理校/ 107

CONTENTS

Empirical Analysis of Front Issues on the Application of Law in Foreign-related

Commercial Arbitration in China Hou Xiangjing Xu Chenming / 1

The Legal Problems Research on Arbitration of Medical Dispute Li Jichu / 9

The New Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules and Its Influence

..... Liang Sheng / 20

The Application of Law in Investment Disputes Arbitration

—An Analysis from Bilateral Investment Treaty of China Yu Ruizhen Li Wen / 29

Research upon the British Arbitrator System Wang Ling / 36

The Development of Fair and Equitable Treatment Standard in ICSID Tribunal

—Comments on AES Summit、AES-Tisza v. Hungary Zhang Zhengyi / 45

See the Public Order of International Trading Arbitration from “New York

Convention” in Asian Country’s Implementation Zhao Weidong / 54

The Circumstance Change Principle and Application Under the New Policy

of Real Estate Wang Xiaoli / 61

Understanding and Application of Balancing of Interests Principle in Arbitration

Practice Zou Yanjue / 68

The Legal Analysis of Housing Delivery Disputes Yan Xueming / 77

Quality Warranty of the Lease Items under the Financial Leasing Contract Lu Chunwei / 85

Arbitration Law 2011 of Franch Translator; Bao Guanyi ,Collator; Song Lianbin / 91

CAS Advisory Opinions Richard McLaren, Translator; Luo Xiaobo ,Collator; Guo Shuli / 107

探索与争鸣

中国涉外仲裁法律适用前沿问题的实证探析

侯向京* 许晨鸣**

内容提要 法律适用之得当与否是涉外商事仲裁的关键问题,其不仅直接约束裁决结果,也影响当事人的切身利益,甚至关系到良好仲裁环境的创造。但由于仲裁的不公开性,目前关于我国涉外仲裁法律适用的研究大多停留在理论层面,实证分析极度匮乏。本文拟从实践的角度,通过案例归纳与分析,探究我国涉外仲裁法律适用的两个前沿问题,以期求教于同行。

关键词 独立性 准据法 域外实体法律适用 意思自治 公共秩序保留

我国加入世界贸易组织后,跨国商事活动不断向纵深发展,国际经贸关系日趋复杂多样,涉外商事纠纷日益增加,并呈现出多样化的特点,因而确立公平合理的争议解决方式已成为维护我国涉外经贸关系稳定、紧迫且重要的需求。作为自愿、高效、保密和灵活的商事争议解决方式,仲裁已被各类经济主体所广为接受。

在涉外商事仲裁牵涉的诸多问题中,法律适用是一个关键、复杂且颇具争议的议题。涉外仲裁的法律适用包括三方面的内容:仲裁条款效力审查的法律适用、仲裁程序规则的法律适用与仲裁实体问题的法律适用。^① 实践中,一个涉外商事仲裁案件的法律适用一般都会涉及上述三类具体法律适用,此等法律适用贯穿系争案件的始终,影响仲裁程序的每一环节,并能对裁决结果有决定性的意义,而仲裁庭适用法律得当与否最终也将影响其业界地位和声誉。此外,涉外商事仲裁的法律适用也较为烦琐,其包含的三个具体法律适用问题既可以溢出仲裁地法律的控制并由当事人自主选择,也可以是同一国家的法律或分属不同国家的法律,法律选择的多样性导致了法律适用的复杂多变性。

一、涉外仲裁法律适用问题实证分析的现实意义

正是由于涉外仲裁法律适用的关键性和复杂性,其所引发的理论争鸣日益增多,但实证分析较为罕见,一方面原因在于仲裁的不公开性所导致的信息公开化和系统化程度较低,另一方面原因则是仲裁相比诉讼,在适用法律方面有更强的灵活性,难以统一标准衡量,实证分析的难度较大。

除上述原因外,仲裁方式素以专家断案著称,人们对于仲裁员的信赖同样是另一个重要因素。但是,随着近年来涉外仲裁裁决及司法审查文书的逐步公开,人们发现,涉外仲裁法律适用

* 北京市金杜律师事务所外商投资部门资深合伙人,广州仲裁委员会仲裁员。

** 北京市金杜律师事务所外商投资部门律师助理。

① 赵相林著:《国际商事法律关系适用论》,中国政法大学出版社2005年版,第444页。

公正性的实际考察结果却并不乐观,当事人选择的域外法律有时得不到有效适用,仲裁机构适用中国法律的理由不充分等问题凸显,在一定程度上影响了我国仲裁机构的国际吸引力。

因而,针对我国涉外仲裁法律适用问题进行实证研究是紧迫且必需的。其不仅有利于掌握目前我国仲裁实践及其司法审查的基本情况,为商事主体在我国进行仲裁提供一定的参考,提高法律适用的可预见性,有利于保证仲裁裁决的公正合理,更能帮助完善我国涉外商事仲裁法律适用体制,以期推动我国商事仲裁的发展及仲裁机构国际地位的提升。

基于此,笔者从实务的角度出发,结合我国涉外商事仲裁发展的最新动向,分别从仲裁条款及实体问题的法律适用各挑选一个前沿问题^②,通过分析我国现行法律规定、司法解释与仲裁机构裁决汇编^③,总结评析目前我国针对本文所述问题的司法实践,进而结合学理理论研究提出建议。

二、仲裁条款的独立性与准据法的确立

在我国商事仲裁及其司法审查的实践中,仲裁条款的效力审查作为整个仲裁制度的基石一直是实务部门关注和争议的焦点,其不仅直接影响仲裁机构的管辖权,也关系到裁决结果是否能得到法院的承认和执行。早在1995年,最高人民法院就在司法解释中明确了其作为最终认定涉外仲裁条款无效、失效或者内容不明确无法执行的审查主体,此种仅以个案批复为司法审查形式的状况持续了11年,学界对此争议不断。2006年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)的出台弥补了法律上的空缺,《解释》第16条明确规定:“对涉外仲裁协议的效力审查,适用当事人约定的法律;当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的,适用仲裁地法律;没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的,适用法院地法律。”

(一) 争议的缘起

《解释》的出台引发了一个新的问题,仲裁条款的独立性原理是否应影响仲裁条款准据法的确立?换言之,涉外商事主体约定的主合同准据法是否能运用于涉外仲裁协议的效力审查?此问题产生的根源是实践中合同当事人对仲裁条款的准据法进行特别约定的情形较为罕见,若当事人对仲裁地没有约定或约定不明,仲裁条款很有可能以法院地法即中国法律为准据法而被判定无效。外籍商事主体对此难以接受,并将其视为中国立法机构间接以法院管辖排斥仲裁管辖,潜在影响着我国仲裁机构的国际地位。针对上述情形,我国司法机构认识到了此等问题的重要性和解决的紧迫性,在《解释》颁布2年之后,最高人民法院副院长万鄂湘将“仲裁条款的独立性与准据法的确定”列为目前我国涉外仲裁需加强研究并为司法审判提供支持的八大法律议题之一。^④

^② 笔者没有选择讨论关于仲裁程序法律适用的主要原因在于:虽然中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会及个别地方仲裁委员会都肯定了当事人约定仲裁程序规则的有限自治权,但我国实践中的通常做法还是以仲裁机构的程序规则为准。根据笔者掌握的资料,目前还没有当事人约定域外仲裁规则而得到我国仲裁机构承认的案例,故不做深入讨论。

^③ 本文主要依据法律出版社于2009年8月出版的《中国国际经济贸易仲裁裁决书选编(2003—2006)》及大连海事大学出版社于2007年12月出版的《中国海事仲裁案例集(2002—2006)》,两本案例集精选了中国国际经济贸易仲裁委员会以及中国海事仲裁委员会近年来仲裁的涉外商事仲裁案例,虽并未涵盖两个仲裁机构的所有涉外商事仲裁裁决,但具有一定的代表性与实证分析价值。

^④ 王靖:“最高人民法院副院长万鄂湘点题——涉外仲裁八大法律问题亟待研究”,载《法制日报》2008年6月8日第1版。

关于“仲裁条款的独立性与准据法的确定”的争议缘起自“恒基—广晟—青鸟—东英”一案。系争案件涉及借款担保合同纠纷,合同当事人(皆为香港法人)分别签订了借款协议与担保协议,并以借款协议作为主合同。借款协议第10条规定:“四方应妥善解决履行协议中发生的争议,协商不成的,提交仲裁解决。本协议适用中华人民共和国香港特别行政区法律。”各方发生纠纷后,广晟公司以恒基公司和青鸟公司为被告向中国法院提起诉讼,被告随即以存在仲裁条款为由提出管辖权异议。一审法院认定合同当事人没有约定仲裁条款准据法与仲裁地,并依据《解释》第16条的规定适用法院地法律即《中华人民共和国仲裁法》第18条裁定仲裁条款无效,驳回被告的管辖权异议。

被告一审败诉后提起上诉,最高人民法院在二审中与一审法院的裁定一致,认定仲裁条款无效、驳回管辖权异议,并在裁定书中明确指出:“当事人对确定仲裁条款效力的准据法是在合同中约定的,但这种约定必须明确约定。合同中约定的适用于解决合同争议的准据法,不能用来判定涉外仲裁条款的效力。”^⑤

此裁定书的公布引起了理论界的广泛讨论,部分学者直言不讳地指出最高人民法院此裁定误读了仲裁条款的独立性原理的目标和功能,过于纵容法院地法的适用,甚至对《解释》第16条的合理性和正当性提出了质疑,还有学者提出应引入国际实践中的“徘徊原则”对仲裁条款进行效力审查。^⑥

(二) 系争议题的发展与评析

“恒基—广晟—青鸟—东英”案后,最高人民法院没有改变其对系争议题的态度,反而更进一步严格实施效力审查法律适用条件。

在“夏新电子—比利时产品”一案^⑦中,合同当事人在协议第11条k款约定:“产生于本协议的任何争议应根据《国际商会仲裁规则》由仲裁最终解决,仲裁地点应在厦门和布鲁塞尔之间转换。仲裁裁决应为终局并对双方均有约束力,而执行裁决的判决可以由有权管辖的任何法院提出。”并在协议第11条i款约定:“协议应受中华人民共和国法律调整并据其解释。”《最高人民法院关于夏新电子股份有限公司与比利时产品有限公司确认经销协议仲裁条款效力的请示的复函》给予上述第11条i款的定性为“解决合同纠纷所适用的实体法约定,不包括程序法和冲突规范”,并最终依据第11条k款的约定,即以厦门为仲裁地,裁定中国法律作为认定仲裁条款效力的准据法。

在“珠江钢管—泛邦国际”一案^⑧中,合同当事人约定的仲裁条款为:“仲裁地点:北京,引用中国法律。”按通常理解,此条款应是当事人针对仲裁地点与仲裁条款法律适用的约定,上海市高级人民法院也按此理解做出过裁判。^⑨但《最高人民法院关于申请人番禺珠江钢管有限公司与被申请人深圳市泛邦国际货运代理有限公司申请确认仲裁协议效力一案的请示的复函》给予此仲

⑤ 最高人民法院民事裁定书[2006]民四终字第28号。

⑥ “徘徊原则”按一般理解指:法院或仲裁庭确立仲裁条款准据法时,在合同准据法与仲裁地法两者间选择适用,参见宋晓:“涉外仲裁条款的准据法——‘恒基公司案’对实在法和法院裁判的双重拷问”,载《法学》2008年第6期。

⑦ 最高人民法院民事裁定书[2009]民四终字第5号。

⑧ 最高人民法院民事裁定书[2009]民四终字第7号。

⑨ 上海市高级人民法院民事裁定书[2009]沪高初字第964号。涉案仲裁条款为“仲裁地在香港适用英国法律”,“英国法”在上述裁定中被确立为仲裁条款效力审查的法律。

裁条款的定性为“没有约定审查仲裁条款效力的法律”。由此可见,最高人民法院在认定仲裁条款准据法时从严把握,将条款中并不明确表示适用于仲裁程序的文字从仲裁条款中剥离,以凸显涉及仲裁部分的独立性。

综上所述,我国司法机构在确立仲裁条款准据法时是十分审慎的,严格按照《解释》第16条的规定操作并在实践中以个案批复的形式确立了一系列实际认定标准。相比西方以及香港的司法实践,我国法院的此等做法似乎显得过于保守,在一定程度上抑制了当事人进行仲裁的意思自治。但是,笔者认为不能片面地完全否认最高人民法院的裁定,细究我国此等司法实践的背景,原因主要在于:

1.《纽约公约》没有明确仲裁条款有效性法律适用的具体标准,而是赋予各国法院很大的自主权,为我国司法机构提供了宽松的准据法确立权限。^⑩

2.我国实在法与司法机构对法院权力的偏袒由来已久,此情形的改变需要一个长期且循序渐进的过程。

3.《解释》第16条规定:依次适用当事人选择的法律、仲裁地法和法院地法,此等非平行且以法院地法作为最后系属的安排对当事人订立的仲裁协议要求较高,规范性较强,在我国涉外仲裁法律制度建立初期,不失为一种稳妥的选择。

然而,我国法院对“仲裁条款的独立性与准据法确立”过于严格的把握应该只能是阶段性的历史产物,从实务的角度出发,其并不利于我国仲裁制度的长远发展,其原因如下:

1.目前我国司法实践中的过严把握凸显了法院自由裁量的权力,却限制了当事人意思自治的原则。以“珠江钢管—泛邦国际”一案为例,系争条款的前半部分“仲裁地:北京”明显表达了当事人仲裁的意愿,且与后半部分“引用中国法律”以“,”联结,可被视为一个整体,但最高人民法院却排除了后半句对仲裁条款的适用,并不利于实现当事人达成一致的合法意图。

2.国际上对于此问题的普遍实践是从支持仲裁的角度出发,给予法院与仲裁庭自由裁量是否适用合同准据法判定仲裁条款效力的权力。我国绝对排除合同准据法作为仲裁条款准据法的司法实践有违目前国际商事仲裁条款效力审查的发展潮流,对我国仲裁机构的国际地位产生了一定的负面影响。

(三)结论

综上所述,我国司法机构目前对于“仲裁条款的独立性与准据法确立”的实践操作是严格区分主合同准据法与仲裁条款准据法,且仅适用独立且明确约定的法律适用条款用以判定仲裁条款的效力。

笔者认为,根据目前的商事实践,商事主体对仲裁条款准据法的特别约定较为罕见,我国司法实践中对当事人约定仲裁条款准据法的要求过高,在一定程度上影响了当事人的意思自治,且不符合国际实践,缺乏对仲裁的支持。针对此问题,人民法院针对较为模糊的仲裁条款,应充分考虑当事人的仲裁意向,对确立仲裁条款准据法的“独立”和“明确”标准可以适当放宽。在立法层面上,最新颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》已有了较为显著的突破,仲裁机

^⑩ 《纽约公约》,即《承认与执行外国仲裁裁决公约》,我国于1987年1月22日成为该公约缔约国。其第2条与第5条涉及仲裁协议的规定,但均未规定如何对仲裁有效性做出认定,将这一事关重大的问题交由各国法院处理,参见赵秀文:“论法院对涉外仲裁协议有效性及其适用法律的认定”,载《杭州师范学院学报》(社会科学版)2003年第5期。

构所在地法律或者仲裁地法律替代法院地法,成为认定仲裁条款效力的最后准据法。^⑪由此可见,我国实在法正逐步改变对法院权力的偏袒,但由于此法尚未实施,且相关配套规定尚待完善,其实施效果如何仍有待检验。

三、域外实体法适用的主要障碍

仲裁实体法律是仲裁庭裁决系争实体问题所依据的法律,其确立当事人之间的权利义务关系,对仲裁裁决结果有决定性意义。因而,关于仲裁实体法的选择备受当事人、仲裁庭以及司法机构的关注。在涉外商事仲裁中,域外实体法律适用是争议的焦点,主要原因在于此问题不仅关系到当事人意思自治的实现及仲裁机构在国际上的吸引力,还关系到保护本国企业及社会公共利益等问题,因而如何平衡两者间的关系成了仲裁、立法及司法机构在实践中遇到的普遍问题。我国目前对于涉外商事仲裁实体法适用并没有一个统一的标准,主要依赖我国关于国际私法的规则指引。在实践中,我国域外实体法律适用面临的障碍仍较为明显,笔者试图剖析几个案例,探究其中根源。

(一)我国仲裁机构适用中国法律的偏向性

由于我国现行法律法规并没有专门针对涉外仲裁实体法律适用的规定,在我国提起的涉外商事仲裁,实体法的选择主要依据《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)、《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》),适用原则大体总结如下:

1. 根据意思自治原则,按照当事人的约定确立所适用的实体法律。
2. 当事人没有选择适用法律的,适用与合同有最密切联系国家的法律。
3. 当事人没有选择适用法律的,可适用国际条约、国际惯例。

虽然我国在立法上间接规定了涉外仲裁实体法律的适用原则,且较为符合国际上的普遍实践,但是由于公共秩序保留或外国法查明困难或仲裁机构意愿或其他方面的原因,偏向适用中国法律作为仲裁实体法律的情形较为明显。

根据中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称贸仲)编纂的《中国国际经济贸易仲裁裁决书选编(2003—2006)》(以下简称《贸仲选编》)货物买卖一章中含涉外案例为39件,其中,贸仲仲裁庭或独任仲裁员确立中国法作为仲裁实体法的案例为30件,所占百分比为76.9%。^⑫

另根据学者统计,中国海事仲裁委员会(以下简称海仲)编纂的《中国海事仲裁案例集》(以下简称《海仲选编》)中含涉外案例24件,其中,海仲仲裁庭或独任仲裁员确立中国法作为仲裁实体法的案例总数为24件,所占百分比为100%。^⑬

笔者发现,在我国涉外商事仲裁实践中,我国仲裁机构偏向适用中国法律作为仲裁实体法主要体现在以下两个方面:

1. 仲裁庭以最密切联系原则适用中国法较为草率,缺乏依据与分析。

以《贸仲选编》所涉一案为例,2004年申请人SINC(系外籍法人)与被申请人郯城×纸制品

^⑪ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第18条规定:当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。

^⑫ 中国国际经济贸易仲裁委员会编:《中国国际经济贸易仲裁裁决书选编》,法律出版社2009年版,第3~675页。

^⑬ 袁发强:“中国涉外海事仲裁中法律适用状况评析”,载《法学论坛》2009年第4期。

有限公司签订合同约定申请人向被申请人出售废纸 3000 吨,装运港为美国,后因货款拖欠滞纳金支付问题发生纠纷,提起仲裁。仲裁庭在裁决书中关于法律适用的表述为:“双方当事人在本案合同中并未约定适用法律,仲裁庭根据最密切联系原则,认定解决本案争议应适用中华人民共和国法律。”^⑭

仲裁庭在裁决书中对适用最密切联系原则的标准与依据只字未提,也没有进行具体的分析。虽然关于涉外仲裁法律适用中“最密切联系”的判定标准缺位,但我国实务部门在普遍实践中已建立起了一定的适用标准可供参考。仲裁庭在上述案件中的径自判断显得过于草率,有违仲裁的公平与合理。

2. 仲裁庭未说明理由径自适用中国法。

另以《贸仲选编》所涉一案为例,2004 年贸仲受理了申请人 × × METALS PTY LTD. (系外籍法人)与第一被申请人陕西 × × 进出口有限公司、第二被申请人陕西 × × 企业集团有限公司锌锭合同纠纷一案。申请人与被申请人在系争合同约定发货港为中国主要港口,目的港为我国台湾地区或曼谷。仲裁庭在仲裁裁决中并没有考虑分析法律适用,而直接引用我国《合同法》进行裁决。^⑮

本案中,当事人有一方为外籍法人,目的港的两个选择均含涉外因素,按我国一般司法实践判断,此案的涉外性质较为明显,而仲裁庭在本案中未说明任何理由直接适用我国《合同法》,明显有适用本地法的倾向,有失公允。此等径自适用中国法的现象并不罕见,在《贸仲选编》货物买卖一章中类似案件有 2 件,在《海仲选编》此类案件达 7 件,应引起相关实务部门的重视。

综上所述,我国仲裁机构仍本着适用本国法律优先的原则处理涉外商事争议,具体体现在仲裁机构进行准据法选择时的裁量较为随意,缺乏分析依据。此等实践中的瑕疵成了直接阻碍外国法及国际公约在我国仲裁机构适用的重要因素,影响公正仲裁。笔者认为,我国仲裁机构在保留适当自由裁量权的前提下,可以参照我国立法中的法律选择标准,按照案件的具体情况予以适用,并在裁决中说明分析理由,以增加准据法确立的可预见性,保证仲裁的公正合理。

(二)我国《合同法》的绝对限制

除上述仲裁机构在实践中间接阻碍外国法及国际公约的适用外,我国《合同法》也对当事人自由选择适用仲裁法律作出了限制。

以我国《合同法》第 126 条为例,其第 2 款规定:“在履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。”此等规定在很大程度上影响了在华外商企业适用仲裁法律的自治性,学界针对此问题也有许多探讨。但在实践中,仲裁机构对于此规定还是严格执行的。以贸仲为例,其对外公布的 10 件合资合作涉外仲裁典型案例中,所有裁决毫无例外的引用我国《合同法》第 126 条判定中国法为仲裁中应适用的实体法律。虽然在关系到重大国计民生和重大国家利益的领域,强制适用中国法律无疑是有必要的,但在一般民事、商事活动中,适当扩大当事人选择准据法的意思自治权,对改善投资环境和理顺法律关系,同样具有重要意义。

国际商事仲裁本是调整、平衡商事利益的一种手段,并非强调一国法律法规的强制性和国际权威。笔者理解,我国《合同法》第 126 条的立法初衷是在对外开放的初期,为了保护在国际商事

^⑭ 中国国际经济贸易仲裁委员会编:《中国国际经济贸易仲裁裁决书选编》,法律出版社 2009 年版,第 229~237 页。

^⑮ 中国国际经济贸易仲裁委员会编:《中国国际经济贸易仲裁裁决书选编》,法律出版社 2009 年版,第 151~168 页。

实践中处于弱势地位的中国企业,这在当时是必要的和必需的,但随着我国的经济腾飞和国际竞争力的不断增强,中国企业的地位较立法时已有了较大加强,法律环境也有了明显改善。若在涉外商事仲裁中,中国企业与境外主体能自由约定合同准据法,而能使双方的冲突得到顺利解决,商事利益能够得到充分合理的保护,那么,我国《合同法》第126条的历史使命就算完成了。

我们所说的与国际接轨,当然也包括法律环境。中外合资、中外合作中绝对适用中国法律的情形,《民法通则》第150条、《民法通则意见》第190条、《中华人民共和国民事诉讼法》第260条以不同形式限制域外法律适用的情形,在很大程度上限制了当事人的意思自治,应当随着经济的发展和社会的进步,在立法层面得到逐步改善。

(三)公共秩序保留

公共秩序保留也是阻碍域外实体法律在我国涉外商事仲裁中适用的重要因素之一。由于公共秩序保留所涉及的“社会公共利益”和“公共政策”较难形成一定的客观标准,我国实体法中并未具体的界定上述两个概念。从我国法院的工作流程来看,凡是需要适用“社会公共利益”或“公共政策”原则的案件都需要报最高人民法院同意。^⑩因而对于涉外仲裁的司法审查,最高人民法院是唯一在仲裁司法审查中可以运用公共秩序保留原则的法院。

在涉外仲裁的司法审查中,最高人民法院对于公共秩序保留的适用是较为审慎的,并通过司法实践逐步确立了以下原则:

1. 不存在违背社会公共利益,以致无法为我国法律秩序所容忍的情形不适用公共秩序保留。以“合肥环卫—香港合升—合肥进出口—美国 Wildcat”一案^⑪为例,合肥市市容管理局在引入美国 Wildcat 公司设备与技术的过程中发生合同纠纷,因美方设备与技术存在一定问题,导致合肥市相关政府部门投资的1.05亿元的垃圾处理厂闲置约六年。当事人按照合同约定在贸仲进行了仲裁。此案因裁决执行等问题起诉至法院,后因涉及公共秩序保留的问题,由最高人民法院给予了批复,明确提出“社会公共利益担负着维护国家根本法律秩序的功能”,确立了前述原则。此案仅涉及合肥市地方政府部门利益,未明显影响国家根本法律秩序,因此最高人民法院没有适用公共秩序保留原则。

2. 仅违反我国法律强制性规定的情形不适用公共秩序保留。此原则确立自“中国糖业—ED&F 曼氏”一案^⑫,中国糖业酒类集团公司未经批准擅自与 ED&F 曼氏(香港)有限公司进行期货交易,违反了我国禁止擅自从事境外期货交易的规定,后根据双方约定在伦敦糖业协会进行仲裁,中方被裁定赔偿违约金。此案因执行问题报请至最高人民法院,最高人民法院在批复中指出“仅违反我国法律的强制性规定不能等同于违反公共政策”,进而不支持公共秩序保留的适用。

3. 公共秩序保留的适用应符合我国国情。在美国制作公司、美国汤姆·胡莱特公司与中国妇女旅行社演出合同纠纷一案中,最高人民法院仅因“美国演员演出了不适合我国国情的重金属音乐”判定其违背了社会公共利益,进而对有利于美方的贸仲裁决书做出了不予执行的裁定。^⑬

综上所述,笔者认为最高人民法院确立的三项基本原则基本厘清了“公共秩序保留”的界限,作为一种特殊的衡平手段适用也较为谨慎,符合国际普遍实践,为仲裁机构和当事人提供了较为

^⑩ 杨弘磊:“人民法院涉外仲裁司法审查情况的调研报告”,载《武大国际法评论》(第九卷),第304页。

^⑪ 最高人民法院民事裁定书[2005]民四他字第45号。

^⑫ 最高人民法院民事裁定书[2003]民四他字第3号。

^⑬ 最高人民法院民事裁定书[1997]他字第35号。

明确的参考。

四、结语

2010年10月28日,全国人民代表大会通过了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》并于2011年4月1日开始正式施行。笔者发现,我国立法机构将仲裁条款法律适用的最后系属从原先的“法院地法”改变为“仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律”,这无疑是一个突破。但令人遗憾的是,这仅仅是该法中专门针对涉外仲裁的唯一条款,这意味着我国涉外仲裁准据法确立的法律缺位情形仍将持续,关于我国仲裁实体及程序法律适用仍需参照《合同法》、《民法通则》等一般法律法规,并依赖仲裁机构和司法审查机构的自由裁量。

本文探究了仲裁条款及仲裁实体法律适用的两个争议问题,从实践的角度而言,此等问题有共同的特点:我国仲裁机构与司法机构对中国法律的偏袒适用。其直接后果是当事人约定的域外法律在我国难以适用,影响了仲裁的国际化 and 自治性。

笔者理解,解决此等问题的关键点仍在于实务部门在实践中应明晰涉外仲裁较国际诉讼的区别,认识目前国际商事仲裁“非内国化”的倾向,加强国际私法理论的研究,发展完善涉外仲裁制度,才能真正吸引域外当事人选择中国作为仲裁地。从长远角度看,若立法机构能通过对涉外仲裁法律适用实践的评析与衡量,制定一套专门针对国际商事仲裁法律适用的制度,提高仲裁法律适用的可预见性,则会为确保仲裁公平合理起到更为关键的作用。

Empirical Analysis of Front Issues on the Application of Law
in Foreign-related Commercial Arbitration in China
By Hou Xiangjing and Xu Chenming

Abstract: Whether the application of law is reasonable or not is a key question in dealing with commercial disputes by arbitration. It directly restricts the arbitration award, affects the parties' interests and even associates with creating a better arbitration environment. However, due to the confidentiality of arbitration, most of the research on foreign-related commercial arbitration in China is theoretical and the empirical analysis is severe. This essay, from a practical perspective, analyzes two front issues on foreign-related commercial arbitration in China through case summarization and analysis, and then provides suggestions.

Key words: severability, applicable law, application of foreign substantive law, autonomy of will, reservation of public order

(责任编辑:陆奕兰)

医疗纠纷仲裁法律问题研究

李济楚*

内容提要 我国现行医疗纠纷解决机制存在种种困境和缺陷,已无法有效化解医患矛盾、缓解医患关系。正因如此,在我国开展医疗纠纷仲裁,构建多元化纠纷解决机制实属必要。世界主要国家与地区在医疗仲裁方面的立法与实践为我国医疗纠纷仲裁制度的构建提供了新视角和新思路,具有重要的借鉴意义。我国将医疗纠纷纳入可仲裁范围,既符合我国《仲裁法》之规定,也契合国际社会仲裁制度的发展趋势。无论从仲裁的本质,还是从仲裁功能的有效发挥来看,以选择兼终局型的仲裁模式构建医疗纠纷仲裁制度更为可取;出于对患者权益的保护以及重建医患信任的考虑,医患双方在纠纷发生后经协商一致达成仲裁协议的方式更合情合理;鉴于医疗纠纷的专业特殊性,除双方当事人合意选择由独任仲裁庭审理案件以外,无论案件争议金额的多少,医疗纠纷仲裁庭的组织形式原则上应一律采用合议制。

关键词 医疗纠纷仲裁 可仲裁性 仲裁模式 合议制

近几十年来,随着医疗技术水平的发展和医疗组织规模的扩大,医疗纠纷在世界各国频繁发生并呈逐渐上升趋势,已成为常见的纠纷形态和世界性热点话题。我国正处在医疗卫生改革的转型期,医疗管理体制不甚完善、医疗法律制度不够健全的状况与患方维权意识的提高、医方职业素养下滑的现实之间,呈现出紧张的张力。我国已成为当今世界上医疗纠纷最多的国家之一。^① 正因如此,寻求一种高效率、低成本的医疗纠纷解决方式,从而既保护病患之合法权益,又有利于医疗事业之健康发展,是社会各界的普遍需求。然而,我国现行医疗纠纷处理方式因其固有的缺陷和弊端,既制约着这一目标的实现,也无法满足当事人纠纷解决的多元化需求,因而饱受各界诟病。

从世界范围内看,非诉纠纷解决方式——ADR(Alternative Dispute Resolution)因其在纠纷解决方面表现出来的特殊价值与优点而逐步受到人们的重视和青睐。^② 其中,仲裁作为现代基本ADR之一,正在成为世界主要国家和地区解决医疗纠纷最重要的一种非诉手段,并逐渐发挥着越来越大的作用。反观我国,在医疗纠纷司法处理面临危机、卫生行政机关调解名存实亡,双方当事人“和平解决”寥寥无几的背景下,具有诸多优势的仲裁制度亦未引入医疗纠纷解决领域,实属遗憾。因此,本文拟在反思我国现行医疗纠纷解决机制与考察域外医疗仲裁制度的基础上,深入探讨仲裁解决医疗纠纷的必要性、医疗纠纷的可仲裁性、医疗纠纷仲裁模式、仲裁协议及仲裁庭组成问题,并提出相关制度设计,以求教于学界。

* 南方医科大学人文与管理学院法学硕士。

① 刘鑫著:《医疗侵权纠纷处理机制重构——现行〈医疗事故处理条例〉评述》,中国人民公安大学出版社2010年版,第3页。

② 张海滨:“医疗纠纷的非诉讼解决方式——医疗纠纷ADR”,载《中国卫生事业管理》2003年第3期。